

DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA (*)

Frederico Dantas ()**

Juiz Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disciplina do direito adquirido na ordem jurídica brasileira. 3. A teoria dos direitos adquiridos. 4. Leis de ordem pública. 5. Enfrentamento da questão do direito adquirido e leis de ordem pública pela doutrina nacional. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. A ADIN n. 493/DF. 8. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A proteção ao direito adquirido, positivada como direito humano fundamental na Constituição da República, é instrumento de defesa do indivíduo perante o Estado. Tem natureza de limitação ao poder estatal, daí por que pode-se enquadrá-la no rol dos direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, já que reúne características de garantia individual exercida contra o Estado.

O instituto, como se verá, tem raízes já no Direito Romano, que previa a irretroatividade das leis como princípio, porém, só veio a ser estudado cientificamente pela Escola Histórica Alemã, por obra de SAVIGNY, que pretendeu sistematizar as limitações ao âmbito temporal de atuação das leis, criando a teoria dos direitos adquiridos.

* Adaptação de trabalho apresentado para avaliação no módulo direitos fundamentais, do Curso de Especialização em Direito Constitucional da UFAL.

** Professor do CCJ/Centro de Estudos Superiores de Maceió e da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Juiz Federal em Alagoas.

Inspira este trabalho o exame do direito adquirido em face de leis de ordem pública, numa perspectiva constitucional da ordem jurídica brasileira. Sabe-se que a questão é de veras controversa, visto não existir na doutrina ou na jurisprudência uma delimitação segura dessa proteção constitucional.

A proposta aqui delineada é de se proceder a um estudo da teoria que originou a proteção ao direito adquirido, bem como a evolução do instituto ao longo da história constitucional do Brasil, de modo a reunir referenciais suficientes a uma análise do direito adquirido como garantia constitucional.

Pretende-se, também, buscar amparo na jurisprudência constitucional pátria, consubstanciada em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a análise da aplicação dada ao instituto pela Corte Suprema a casos concretos, a par de enriquecer o estudo, assegura que eventuais conclusões ganharão em utilidade prática, resultado de uma interface entre os critérios abstratos, da teoria, e práticos, da experiência constitucional.

Sua contraposição às leis de ordem pública, como forma de determinar o campo de proteção da garantia constitucional, é importante passo no sentido de reforçar a segurança jurídica das relações entre os indivíduos e o Estado, bem como no sentido de delimitar as fronteiras estabelecidas pelo legislador constituinte ao poder estatal, seja quando exercido pela Administração Pública ou pelo legislador infraconstitucional.

A controvérsia objeto deste estudo gira em torno da seguinte questão basilar: existe direito adquirido em face das leis de ordem pública?

A resposta a esse problema passa por vários outros questionamentos: analisar em que consiste a proteção ao direito adquirido; determinar a abrangência desta garantia; distinguir o que são leis de ordem pública e delimitar o âmbito de aplicação dessas leis em face da garantia constitucional ao direito adquirido.

2. DISCIPLINA DO DIREITO ADQUIRIDO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A legislação pátria que disciplina o direito adquirido tem fundamento constitucional, pois, conforme anteriormente observado, a proteção ao direito adquirido está insculpida como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988. O dispositivo, longe de ser uma inovação, já faz parte da tradição jurídica brasileira.

Sua inserção nos textos constitucionais vem de 1934, mas já em 1824 existia como regra a proibição da retroatividade das leis. A Carta Imperial, em

seu art. 179, garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, estabelecendo, em seus incisos III e XI, respectivamente, que *nenhuma disposição de lei teria efeito retroativo* e que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.

A Constituição Republicana de 1891 manteve essas regras ao dispor preliminarmente sobre a organização federal, em seu art. 11, § 3º, estatuinto ser *vedado aos Estados e à União prescrever leis retroativas* e, na sua declaração de direitos, art. 72, § 15, que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

A Constituição da segunda república, de 1934, em seu art. 113, que tratava dos direitos e garantias individuais, inovou na redação do dispositivo, criando regras específicas para a matéria penal nos n.ºs. 26 e 27, no sentido de que ninguém seria processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita, e que a lei penal só retroagiria quando beneficiasse o réu. Instituiu, no n.º. 3 desse mesmo artigo, dispositivo que existe até hoje na ordem constitucional brasileira:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.

Diversamente, a Carta Política outorgada, de 1937, se limitou a dispor em seu art. 122, n.º. 13, que as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicavam aos fatos anteriores.

Com a redemocratização do país, em 1946, restaurou-se o dispositivo da Constituição de 1934 no título dos direitos e das garantias individuais, art. 141, § 3º, o qual, desde então, foi reproduzido por todas as Constituições vindouras. Constava do art. 150, § 3º da Carta de 1967 e conservou-se, após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A Constituição de 1988 o enuncia no seu art. 5º, inciso XXXVI.

Extraí-se, da mera leitura dos textos constitucionais aqui reproduzidos, que a limitação ao âmbito temporal de atuação das leis faz parte da tradição constitucional brasileira, exceção feita à Carta Política de 1937, também chamada de “A Polaca”, porque inspirada na constituição polonesa.¹ Com efeito,

¹ Paulo Bonavides observa que seguramente a maior influência da Carta de 1937 foi a Constituição da Polônia, mas ressalta também a influência do fascismo de Mussolini e do nazismo de Hitler, cf. BONAVIDES, Paulo: História Constitucional do Brasil. Paz e Terra : Brasília, 1988, p. 339-340.

este fato por si só bem revela o caráter autoritário do regime ditatorial de Getúlio Vargas, que rompeu com mais de um século de história constitucional do Brasil.

A disciplina infraconstitucional da garantia ao direito adquirido está positivada na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 – art. 6º, **caput**, 2ª parte e § 2º. Prescrevem os citados dispositivos:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

3. A TEORIA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

O direito adquirido é um instituto jurídico e, como tal, não consagra verdade apodítica e sim um critério político. Como é cediço, o cientista do Direito não descobre leis naturais ou imutáveis; o jurista não lida com verdades reveladas ou demonstradas. Os problemas jurídicos surgem da necessidade de sistematização na solução das inúmeras perplexidades geradas pela aparente contradição da ordem jurídica.

É intuitiva a natureza eminentemente instrumental das categorias jurídicas, todas elas visando à harmonização do sistema, como meio de proporcionar à comunidade segurança, certeza e justiça. Dessa forma, a natureza dos institutos jurídicos está na finalidade a que se destinam, e o direito adquirido surgiu para delimitar o âmbito de atuação da lei no tempo; esta a sua finalidade e natureza jurídica: limite do poder.

Pode-se dizer que o direito adquirido, essencialmente, serve de critério para solução do conflito das leis no tempo, ao discriminar hipóteses em que a lei nova não pode retroagir, limitando-se a produzir efeitos para o futuro, em proteção de situações jurídicas consolidadas. Esse problema, que tem característica de sobredireito na medida em que se refere à eficácia das leis, admite diversas soluções. A adoção da teoria dos direitos adquiridos, portanto, reflete uma opção política que, para ser bem compreendida, deve ser examinada em suas raízes históricas.

Historicamente o problema da irretroatividade das leis surge com o Estado de Direito, onde se defende que a lei consubstancia a vontade do povo manifestada pelo legislador, que o representa. Até então, notadamente num período teocrático, carecia de sentido a postulação do problema, por considerar-se que o Direito era outorgado pela divindade e as próprias modificações impostas pelas necessidades sociais tidas como mandamentos da mesma procedência, novas revelações ou descobertas da vontade divina.²

A doutrina, num primeiro momento, manifestou-se pela retroatividade, excetuadas as **causae finitae**, em homenagem à superioridade do poder de legislar, expressão da vontade geral segundo o pensamento liberal de ROUSSEAU. Todavia, já no Direito Romano se vêem as origens da regra da irretroatividade. A Constituição de Teodósio, o Grande, (393) instituiu o princípio de que as leis não podiam prejudicar os fatos passados e somente os futuros.³ O direito canônico seguiu o mesmo critério, ainda que posteriormente passasse a admitir exceções no terreno do direito divino.

A comunidade científica é farta em teorias que procuram solucionar a questão da retroatividade, ou irretroatividade, das leis. Pode-se classificá-las em teorias objetivas, cujo critério é determinado em razão do efeito da lei, e subjetivas, que partem das consequências da lei em face de situações subjetivas que regula. A teoria dos direitos adquiridos encontra-se entre as teorias subjetivas, na medida em que seu critério fundamental é a situação subjetiva de vantagem juridicamente atribuída a um sujeito.

A primeira tentativa de apresentar o direito adquirido como critério científico para solução do conflito intertemporal das leis partiu de SAVIGNY, fruto do esforço sistematizador da Escola Histórica alemã. O renomado jurisfilósofo classifica as leis em duas categorias: as relativas à aquisição de direitos e as que dizem respeito à existência ou inexistência de um instituto jurídico, ou ao seu modo de ser ou duração. Na primeira categoria prevalece o princípio da não retroatividade, na segunda permite-se a retroatividade.

Vários autores se debruçaram sobre a questão, mas aquele cujas idéias alcançaram maior repercussão foi GABBA, referência indispensável a todos os que tratam do tema. Segundo o autor, direito adquirido é aquele resultante de

² SERPA LOPES: Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, v. I. Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 155.

³ Matos Lopes, "Limites temporais da lei", In Revista Jurídica, v. 9, 1946/1948, p. 9 apud SERPA LOPES, Miguel Maria de: Curso de Direito Civil, v. I, Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 156.

um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o ato veio a se realizar, assim como o momento de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da vigência de uma nova lei relativa ao mesmo, e que nos termos da lei sob cujo império aconteceu o fato de que se originou, passou a fazer parte imediatamente do patrimônio de quem o adquiriu⁴.

O conceito formulado por GABBA disseminou-se a ponto de ser generalizadamente aceito, inclusive na doutrina nacional. São exemplos os conceitos dados por dois grandes estudiosos da matéria, o Professor CLÓVIS BEVILÁQUIA⁵ e o Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA⁶, ambos consoantes com a lição antes referida.

Nesse passo, pode-se concluir que direito adquirido é aquele direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do titular e que, pois, não mais está sujeito à incidência da lei nova ou fato posterior. Ora, se o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio releva apontar que o direito subjetivo, para ser objeto de direito adquirido, deve ter caráter ou fundo patrimonial. Nesse sentido, merece nota observação feita pelo Min. NELSON HUNGRIA ao relatar Recurso em Mandado de Segurança. Refere, o eminente jurista, que não há falar-se em direito adquirido senão quando se apresenta um direito subjetivo de cor ou de fundo patrimonial⁷.

O sentido dado a patrimônio, aqui, é restrito, significando algo economicamente apreciável. Sem embargo, a despeito do respeitável entendimento de alguns autores para quem há direito adquirido incorporado ao patrimônio moral, abrangendo situações jurídicas pessoais – direito adquirido a votar, por exemplo – é de se referir que não existe direito adquirido a regime jurídico, posição

⁴ GABBA, F. . Teoria della Retroattività delle Leggi, Roma, 1891, citado por vários autores, a exemplo de DANTAS, Ivo: Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade, 2ª ed rv, Lumen Juris : Rio de Janeiro, 1997, p. 53 e, de modo geral, por todos os que tratam do tema.

⁵ BEVILÁQUIA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Bevilquia. Ed histórica. Editora Rio : Rio de Janeiro, 1979, p. 99. “Direito adquirido é um bem jurídico, criado por um facto capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de accôrdo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimonio do titular. (sic.)”

⁶ FRANÇA, “Direito Adquirido e Expectativas de Direito”, In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 25, Saraiva : São Paulo, 1977, p. 153. “É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio integral ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto.”

⁷ RMS-1539/DF, Rel. Min. Nelson Hungria. DJ 17.01.52, p. 598. Vol. 73-01, p. 51. ADJ 23.11.53, p. 3562.

esta, aliás, pacificada na jurisprudência constitucional⁸ e sustentada pela doutrina mais autorizada.⁹

Deduz-se também que o direito adquirido decorre de uma situação subjetiva de vantagem atribuída pela regra jurídica a um titular, distinguindo-se da mera expectativa de direito, cuja diferença para o direito adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo. Assim, a expectativa de direito é possibilidade, pois está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico, é **expectat perfectio-nem et complementum a facto futuro**.¹⁰

O direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. É o que se extrai da Lei de Introdução ao Código Civil, que ressalva expressamente essas situações no § 2º de seu art. 6º, como se viu anteriormente.

De posse dessas informações é de se considerar qual o conteúdo da garantia constitucional ao direito adquirido. O fato de que o enunciado da norma constitucional veda qualquer prejuízo ao direito adquirido leva, necessariamente, a questionar em que consiste este instituto jurídico, qual o seu significado específico na ordem jurídica brasileira.

A atividade de desdobrar o significado das expressões jurídicas é essencialmente científica, mas é, ao mesmo tempo, política, pois implica atuação volitiva do intérprete na escolha das várias opções possíveis quando da fixação do sentido do enunciado. A presença humana na fenomenologia da incidência é ressaltada por GABRIEL IVO¹¹ que, na esteira do pensamento de KELSEN¹²,

⁸ STF: “Teto: redução do limite remuneratório (L.C. est. 43/92-SC): inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na legislação revogada, pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico” (grifei). RE-275214/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 20.10.00, p. 00129. Vol. 02009-07, p. 01526. No mesmo sentido RMS-21946; RTJ-157/898; RMS-21988; RTJ-160/466; RE-146749; RTJ-158/228; RE-160438; RTJ-167/267; informativo 101, RE-163817; RE-191394; RE-210976.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: Curso de Direito Administrativo, 12ª ed rv at amp., Malheiros : São Paulo, 1999, p. 227-228.

¹⁰ FRANÇA, R. Limongi: A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 6ª ed rv at, Saraiva : São Paulo, 2000, p. 223.

¹¹ IVO, Gabriel: “A Incidência da Norma Jurídica”, In Direitos e Deveres: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL, Ano II, n 5º : p. 9-21, jul-dez 1999.

¹² KELSEN, Hans: “A interpretação”, In Teoria Pura do Direito Malheiros, trad. de João Baptista Machado, Martins Fontes : São Paulo, 1960, p. 387-397.

demonstra ser a interpretação e conformação das normas verdadeira atuação da vontade do intérprete. Neste passo, vale ressaltar a ampla liberdade do legislador nesse âmbito, pois cabe a ele desdobrar, genericamente, o conteúdo da garantia constitucional. Sem embargo, foi exatamente o que sucedeu na ordem jurídica brasileira tendo sido positivado verdadeiro conceito de direito adquirido na Lei de Introdução ao Código Civil.

O que importa, no conceito positivado pela Lei de Introdução, é o momento da aquisição do direito. O direito é adquirido quando o titular pode exercê-lo ou, ainda, quando o início de seu exercício depende de termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. Daí se concluir que o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio do titular quando atendidos todos os requisitos, considerados suficientes e necessários pela lei então vigente, para o seu exercício, ou, ainda, quando o início desse exercício não depende da vontade de outrem.

4. LEIS DE ORDEM PÚBLICA

Delimitado o conceito de direito adquirido, há que se distinguir o que são leis de ordem pública ou de direito público. Ordinariamente, aponta-se como diferença o fato de que no Direito Público as relações são caracterizadas pela desigualdade, porque o Estado encontra-se em posição de privilégio em virtude da prevalência do interesse público, enquanto o Direito Privado se caracteriza por suas relações essencialmente igualitárias, onde prevalece o interesse privado.

Muito embora não seja uma divisão estanque, pois existe verdadeira comunicação entre as categorias, sua utilidade estaria no fato de que são características do Direito Público a adoção de formas de ação unilateralmente ditadas e o caráter autoritário, enquanto no Direito Privado predomina a autonomia privada e o consensualismo¹³.

Costuma-se também utilizar esse critério para determinar a diferença entre a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (nulidade relativa), sendo que a violação de leis de ordem pública ou de Direito Público que tutelam direitos indispo-

¹³ J. J. Gomes Canotilho apresenta três critérios diferenciadores: a sujeição (no Direito Público o particular sujeita-se ao Estado), os interesses (o Direito Público disciplina o interesse público) e a especialidade (as normas de Direito Público são especiais), cf. CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional*. Almedina : Coimbra, 1991, p. 137-138.

níveis resultaria na nulidade, ao passo que o desrespeito a leis de ordem privada ou de Direito Privado que tutelam direitos disponíveis geraria mera anulabilidade¹⁴.

CARLOS MAXIMILIANO¹⁵ distingue entre as leis constitucionais e as administrativas ou de ordem pública em geral:

As primeiras regem o presente e o futuro; se não ressalvam, de modo explícito ou implícito, as situações jurídicas definitivamente estabelecidas, não estacam, nem recuam diante das mesmas. A sua aplicação é imediata; tudo o que se lhes contraponha, fica eliminado..

[...]

Leis políticas, incluídas sob esta denominação ampla as administrativas, têm aplicação “imediata”, porém não-retroativa. Por exemplo: se impõe tributo fiscal a certa mutação, não atingem as mutações anteriores, se instituem causa de privação de direito eleitoral, só se cumprem em eleições futuras. A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.

As leis de ordem pública observam-se logo; mas não retroagem.

De fato, o entendimento corrente dos que teorizam acerca das leis de ordem pública é o de que elas possuem como traço marcante a imperatividade, incidindo imediatamente sobre as situações que regulam, pois pressupõem a existência de interesse coletivo subjacente a legitimar a intervenção do Estado no domínio das relações individuais. Nessa mesma esteira caberia ao Judiciário examinar a validade e eficácia dessas leis tão-somente no caso em que importem lesão de direito em caso concreto, com violação de norma legal ou regulamentar. É dizer que esses atos legislativos, por disporem acerca de matérias inerentes aos atos de governo, na esfera de competência do Poder Legislativo e Poder Executivo, só podem ser apreciados pelo Judiciário no tocante à legalidade, nunca quanto à oportunidade ou conveniência, produzindo efeitos imediatos sobre as situações que regulam.

¹⁴ GALENO LACERDA, Velinho de: Despacho Saneador, 3ª ed Sérgio Antônio Fabris : Porto Alegre, 1990, p. 126.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos: Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, Freitas Bastos : São Paulo, 1946, nº 281, p. 327.

De outro lado, autores como PONTES DE MIRANDA negam qualquer cientificidade à suposta distinção entre leis de Direito Público e de Direito Privado. O autor classifica as normas jurídicas em cogentes (imperativas e proibitivas) e não cogentes (dispositivas ou supletivas), afirmando que a distinção entre Direito Público e Direito Privado é de origem histórica e não lógica, não havendo **a priori** pela matéria tratada tal dicotomia, isso importando dizer que se pode volver a indiferenciação dos dois ramos de direito¹⁶. Daí por que, em coerência com seu pensamento, não teria sentido distinguir as leis de ordem pública com vistas a determinar a abrangência da proteção ao direito adquirido.

5. ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA PELA DOUTRINA NACIONAL

Poucos tratam da abrangência do direito adquirido em face de leis de Direito Público. Já se mencionou incidentemente o entendimento de CARLOS MAXIMILIANO, para quem a retroatividade das leis de Direito Público constitui um princípio abandonado.

JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta existir direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público, uma vez que a Constituição não faz distinção, declarando que, na realidade, não se constitui direito adquirido contra o interesse coletivo, pois este prevalece sempre sobre o interesse individual, particular¹⁷.

PONTES DE MIRANDA pondera que a garantia ao direito adquirido é comum ao direito privado e ao direito público. Segundo o autor, quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos, nem ferir direitos adquiridos, conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte¹⁸.

MOREIRA ALVES, ao cuidar da matéria, sustentou que, a admitir-se a tese da aplicação retroativa de leis de ordem pública e política, todas as leis poderiam ser retroativas, haja vista que todas são inspiradas pelo princípio da utilidade pública. Afirmou, ainda, que mesmo quando excluídas as que têm por

¹⁶ PONTES DE MIRANDA: Tratado de Direito Privado, t. I, 3ª ed, Bosch : Rio de Janeiro, 1972, p. 71.

¹⁷ SILVA, José Afonso da: Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed rev at até a EC 27/2000. Malheiros : São Paulo, 2000, p. 437.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA: Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº I de 1969, t. V, 2ª ed, Revista dos Tribunais : São Paulo, 1974, p. 99.

origem próxima uma utilidade particular, poder-se-ia atribuir retroatividade a uma imensa gama de leis, o que é expressamente vedado pela Constituição.¹⁹

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA advoga haver direito adquirido em face de leis de ordem pública, mesmo porque a Constituição não faz ou autoriza qualquer distinção, concluindo que diante da constitucionalização do princípio do direito adquirido, que não excepciona nenhum tipo de norma, não há como se sustentar a assertiva de inexistência de direito adquirido frente às normas de Direito Público²⁰.

Destarte, grande parte da doutrina inclina-se uniformemente no sentido de admitir a existência de direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público.

Por outro lado, impende notar que a própria teoria dos direitos adquiridos, nos termos postos por GABBA, enseja entendimento totalmente oposto, ou seja, de que não existe direito adquirido diante de leis dessa natureza, senão, veja-se.

SERPA LOPES, ao examinar a teoria dos direitos adquiridos, comenta a contribuição dada por GABBA observando que o direito adquirido é uma garantia individual, excluindo a possibilidade de existirem direitos adquiridos quando se tratar de interesse da coletividade ou interesse público, conforme adiante se transcreve integralmente, **data vênica**, haja vista a importância da passagem para o estudo da questão:

Esta noção de direito adquirido completa-se com a noção de utilidade, isto é, segundo GABBA, o direito adquirido deve representar uma verdadeira utilidade para o indivíduo, a saber: a) que diga respeito propriamente à privada individualidade, ou ainda; b) que se coadune e se identifique com a própria dignidade da pessoa humana. Assim, da noção de direito adquirido excluem-se as matérias de direito público de caráter político, sendo de aplicação imediata tôdas as leis relacionadas com os interesses públicos de qualquer gênero.²¹

¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos: “Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, In Revista da Procuradoria Geral da República. Brasília : s. e., v. 01 : p. 3-11, out-dez 1989.

²⁰ LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto: “Competência Reformadora e direito adquirido”, In Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília : s. e., v. 10, n.º 01 : p. 27-51, jan-mar 1998.

²¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de: Curso de Direito Civil, v. I, Freitas Bastos : Rio de Janeiro, 1953, p. 163.

Percebe-se, pois, que no plano puramente dogmático, ainda dentro da teoria dos direitos adquiridos, existem também argumentos que justificam a posição dos que entendem não se formar direito adquirido contra leis de ordem pública. Como se trata de uma garantia individual deveria, em princípio, referir-se a relações jurídicas de relevância individual, envolvendo interesses particulares, e não interesses da comunidade como um todo, qualificados como interesses públicos.

6. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a questão do direito adquirido envolvendo leis de ordem pública. Assumiu diversas vezes em seus julgados postura favorável à tese de que as leis de ordem pública têm aplicabilidade imediata às relações em curso.

Já em 1956 encontra-se decisão do STF acolhendo a tese de que as leis de ordem pública, por terem aplicabilidade imediata, incidem e produzem efeitos sobre as situações jurídicas em curso, inexistindo direito adquirido na hipótese. A Lei 1.300, de 1950, criou direito de preferência ao locatário, despejado por necessidade do proprietário, para locação do prédio de que este se mudou. Alegou-se que essa preferência não constava da lei vigente ao tempo da propositura da ação de despejo. Na oportunidade, o STF reconheceu o direito à preferência, entendendo que “improcede a alegação pois se trata de legislação de emergência e de ordem pública, que ruiria, quasi (*sic.*) inteira, se contra ela se pudessem invocar direitos adquiridos”²².

Apreciando Recurso de Mandado de Segurança decidiu o Pretório Excelso, em agosto de 1955, que não há direito adquirido a licenças de importação requeridas em face da aplicação imediata da nova lei, de ordem pública²³. O Min. Relator, em seu voto, cita Roubier:

As leis de ordem pública, entre as quais se inscrevem as que versam sobre intercâmbio comercial com o Exterior, tem efeitos imediatos, abrangem as situações em curso, podem afetar os elementos constitutivos inda

²² RE-27377, Rel. Ministro Luis Gallotti. ADJ 30.08.56, p. 1148, DJ 27.01.55, p. 1110.

²³ RMS-3.061, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467 vol. 227-01 p. 133. Tribunal Pleno. Decisão idêntica foi dada no RMS-2.948, onde foi relator também o Min. Luis Gallotti, decisão dada e publicada na mesma data e vol., p. 00128.

não reunidos, criar condições novas, (ou obstáculos novos), modificar ou fazer desaparecer, no futuro, os efeitos inda não produzidos pelos elementos anteriores.²⁴

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de outubro de 1988, precisamente em 8 de abril de 1988, pronunciou o STF decisão pela inexistência de direito adquirido à construção, porque sequer iniciada, quando sobreveio lei nova, de ordem pública, que a impediu²⁵.

Em Acórdão proferido ao ensejo do julgamento do RE n. 85.002-SP o STF já havia fixado a tese de que o chamado “direito de construir” não é senão mera faculdade jurídica, inerente ao domínio, cujo exercício depende de autorização do Estado. A ofensa a direito adquirido haveria, apenas, na revogação da licença quando a obra já iniciada, pois que, com a integração da construção no solo, se violaria o direito de propriedade.

Ao julgar um Recurso Extraordinário em 1996, decidiu o STF, com voto dissidente do eminente Min. MOREIRA ALVES, da seguinte maneira:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE DE SALÁRIOS. CLÁUSULA FIXADA EM ACORDO COLETIVO. NORMA SUPERVENIENTE QUE ALTERA O PADRÃO MONETÁRIO E FIXA NOVA POLÍTICA SALARIAL. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A sentença homologatória de acordo coletivo tem natureza singular e projeta no mundo jurídico uma norma de caráter genérico e abstrato, embora nela se reconheça a existência da eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida em lei (art. 873, CLT), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada material em relação à eficácia concreta já produzida.

2. Firmada ante os pressupostos legais autorizadores então vigentes, a sentença normativa pode ser derogada por disposições legais que venham a imprimir nova política econômico-monetária, por ser de ordem

²⁴ ROUBIER: *Les Conflits de Lois dans le temps*, ed 1929, T. I, nº 45. A citação consta do corpo do voto do Ministro Luis Galloti, no julgamento do RMS 3.061, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467, vol. 227-01, p. 133.

²⁵ AGRG em AG.INST.-121798/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 08.04.88, p. 07483, vol. 01496-06, p. 01158. Precedentes RE-85002, RTJ-79/1016. Também nesse sentido o julgamento do AGRV.-135464/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 22.05.92, p. 07217 e RTJ v.-000142-01, p. 00358.

pública, de aplicação imediata e geral, sendo demasiado extremismo afirmar-se a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, para infirmar preceito legal que veio dispor contrariamente ao que avençado em acordo ou dissídio coletivo.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁶

7. A ADIN N. 493/DF

O tema foi minudentemente discutido quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 493/DF. Questionou-se, na oportunidade, dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10 de fevereiro de 1991 e convertida na Lei 8.177, de 1º de março de 1991. Os dispositivos em questão diziam respeito a contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da MP, contratos estes firmados entre as entidades integrantes do Sistema Financeiro de Habitação e particulares, alterando o modo de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações a partir de fevereiro de 1991.

Desta feita o Min. MOREIRA ALVES logrou fazer prevalecer seu entendimento sobre a questão, entendimento este já exposto em artigo publicado pela Revista da Procuradoria Geral da República, em 1989.²⁷

Em seu voto, argumenta que há três espécies de retroatividade, graduadas por intensidade: a máxima, a média e a mínima. Cita artigo de MAIA PEIXOTO²⁸ que define cada uma das categorias, pede-se mais uma vez **vênia** para transcrever a citação, porque deveras relevante:

Dá-se retroatividade máxima (também chamada de restitutória, porque em geral restitui as partes ao “status quo ante”), quando a lei nova ataca a

²⁶ RE-202686/SP de 10.09.96, Rel. Min. Maurício Corrêa e, anteriormente, nos julgados pronunciados nos autos dos AG. REG. 177.742-8/RS e 138553-7-RS/RS, de 1995, sendo o Min. Maurício Corrêa também o Relator de ambos os processos. Também nesse sentido o julgamento do RE-158.880/RS, onde foi relator o Min. Marco Aurélio.

²⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos: “Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade”, In Revista da Procuradoria Geral da República. Brasília : s. e., v. 01 : p. 3-11, out-dez 1989. Cf. nota 25.

²⁸ MAIA PEIXOTO, “Limite temporal da Lei”, In Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, v. IX : p. 9-47. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN nº 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

coisa julgada e os fatos consumados. [...] A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. [...] Outro exemplo: o Decreto-Lei n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º).’

Nas duas primeiras espécies a lei claramente “age para trás” e, portanto, retroage, alcançando o que já ocorreu no passo. No último caso, contudo, há quem afirme que não se trata propriamente de retroatividade, mas tão-somente de aplicação imediata.

O Ministro cita e critica posicionamentos nesse sentido de PLANIOL²⁹, para quem a retroatividade só ocorre quando a lei se volta para o passado e ROUBIER³⁰, o qual entende ser simples a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, pois aquele ocorre quando a lei se aplica ao passado, enquanto este se dá quando a lei se aplica ao presente.

Tais colocações estariam equivocadas, porque se a lei alcança efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será retroativa ao interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso a aplicação imediata se faria, mas com efeito retroativo. Por outro lado, para o direito brasileiro a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional, se aplicando a toda e qualquer norma infraconstitucional, sem qualquer distinção

²⁹ **Traité Élémentaire de Droit Civil**, v. I, 4ª ed., n.º 243, p. 95, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence : Paris, 1906. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n.º 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

³⁰ **Le Droit Transitoire – Conflits des Lois dans le Temps**, 2ª ed., n.º 38, p. 177, Dalloz et Sirey : Paris, 1960. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n.º 493/DF.

entre lei de direito público e de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Argumenta, ainda, que mesmo na França, onde o preceito é meramente legal e se impõe a juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas.

Menciona críticas feitas a essa tese pelo próprio ROUBIER e também de REYNALDO PORCHAT³¹. Pondera que, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos **facta pendencia** se resolve com a verificação da ocorrência, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada, mesmo porque existe grande dificuldade em discriminar nitidamente o que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. Ademais, a simples invocação de um motivo de ordem pública não bastaria para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade é também um forte motivo de interesse público.

Reforçando seus motivos assinala as posturas de PONTES DE MIRANDA, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, todos unânimes em afirmar que existe direito adquirido em face de leis de ordem pública.

Conclui afirmando que a proteção ao direito adquirido é garantia constitucional e que, como as soluções em matéria de direito intertemporal nem sempre são coincidentes, mas sim conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por esta usados para resolver as diferentes questões suscitadas.

A ADIN foi conhecida e julgada procedente por maioria³², formulando importante precedente. Como se verá, a ADIN 493/DF fixou verdadeiro marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que toca à questão em apreço, resultando num entendimento praticamente pacificado no sentido da indife-

³¹ **Curso Elementar de Direito Romano**, v. I, 2ª ed., nº 528, p. 338/339, Cia de Melhoramentos de São Paulo : São Paulo, 1937. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN nº 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991

³² ADIN-493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.92, p. 14089, v. 01674-02, p. 00260. RTJ v. 00143-03, p. 00724. Podem-se citar alguns precedentes a essa decisão, posto que nenhum desses julgados tenha alcançado a repercussão da ADIN. Veja-se RP-1288, RTJ-119/548, RP-1200, RTJ-113/46, RE-96037, RE-116018, RTJ 128/919, RTJ-55/35, RP-891, RTJ-68/283, RP-895, RTJ-67/327, RTJ-89/634, RTJ-90/296, RTJ-107/394, RTJ-112/759, RTJ-115/379, RTJ-106/314, RT-299/479, caso TR ou TRD no “SFH” e “SFS”.

renciação entre leis de Direito Público e de Direito Privado relativamente à proteção ao direito adquirido.

A ementa traz duas assertivas que, por sua formulação, constituem verdadeiras normas jurídicas, porquanto genericamente elaboradas, e diante mesmo da adequação técnica no uso da linguagem jurídica, conforme se observa a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.
- O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. [...]

Ora, diante de tais razões de decidir poder-se-ia apressadamente concluir que, no que se refere à questão ora examinada, o STF firmou entendimento expresso e definitivo, no sentido de inadmitir qualquer distinção entre lei de Direito Público ou Privado ou norma de ordem pública ou dispositiva para efeito de observância da proteção ao direito adquirido.

Sucedem que, como se percebe de decisões antes referidas, o Pretório Excelso, mesmo depois da ADIN 493/DF, em 1996, já acatou a tese da retroatividade das leis de ordem pública, vale dizer, com voto dissidente do Min. Moreira Alves.

Não obstante, na esteira do precedente da ADIN 493 vários julgados seguiram a tese da indiferenciação entre leis de ordem pública e dispositivas. Exemplos são o RE-159979/SP, sobre a aplicação aos contratos de leis que alteraram as disposições sobre correção monetária e o RE-188.366-9, sobre a aplicação de norma que disciplinou os reajustes das mensalidades escolares aos contratos em curso. Em ambos os casos o STF negou aplicação imediata às normas em questão, pelos mesmos fundamentos utilizados no julgamento da ADIN 493.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas constitucionais, principalmente aquelas que estatuem direitos, liberdades e garantias constitucionais, representam importante referência valo-

rativa do sistema jurídico. Além de sua função limitadora da atuação do Poder Legislativo e definidora de direitos em favor do cidadão, exercem, também, uma função integrativa ao estabelecerem opções políticas que servem de horizonte de sentido para a conformação e aplicação do direito.

É bem verdade que ao mesmo tempo em que as normas instituidoras de direitos fundamentais definem princípios informadores da atividade dos Poderes do Estado, em grande medida dependem desses mesmos Poderes para alcançarem efetividade, já que é a atuação material da Administração, normatizadora do Legislativo e jurisdicional do Judiciário que desdobram seu conteúdo dando-lhe uma feição definida e realizável.

Nesse passo, o poder outorgado ao legislador ordinário é imenso, detentor que é da liberdade de conformação, ou livre espaço de conformação, para fixar o conteúdo dos comandos constitucionais, cujo sentido é muitas vezes vago e impreciso. Assim, seria possível inclusive questionar se o próprio conceito de direito adquirido, uma vez que fixado por ato normativo infraconstitucional, conquanto tenha natureza de sobredireito, estaria submetido à competência do legislador ordinário.

Em razão disso é que o princípio da supremacia da Constituição impõe a conclusão de que tal liberdade de conformação é limitada, partindo-se do entendimento de que a fixação do sentido e do alcance das normas constitucionais não pode ser feito sem pejo, pena de sujeitar a Carta Magna ao jugo de leis ordinárias, ou pior, de Medidas Provisórias, gerando grave insegurança jurídica para o cidadão, que ficaria altamente prejudicado em suas garantias em face do Estado. Daí por que se assevera que a interpretação da Constituição não pode ser vinculada ao disposto na Lei, mas, ao contrário, é a Lei que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição.

Isso assentado, pode-se lícitamente concluir que os institutos de Direito Constitucional, especialmente as garantias fundamentais de que é modelo a proteção ao direito adquirido, não podem, em hipótese alguma, depender do capricho do legislador, instituto que são de limitação do poder político e de defesa do particular contra o arbítrio sem freios de quem o detém.

Reputa-se, portanto, que embora a lei infraconstitucional deva e possa explicitar o conceito de direito adquirido estabelecido no texto constitucional, deve fazê-lo de acordo com o sentido que o próprio texto lhe dá. Significa dizer que o conceito de direito adquirido há de ser construído com base na doutrina a ele relativa e na tradição constitucionalista brasileira, pena de permitir que seja a Lei a fixar o conteúdo da Constituição e não o contrário.

Como observado inicialmente, a questão da retroatividade ou não das leis não é questão fáctica, a ser estudada pela experimentação, demonstração; a regra a ser aplicada na solução das controvérsias não é científico natural. Não. O que se busca, aqui, não é encontrar uma lei natural ou ideal como critério perfeito a ser revelado pela razão do jurista, pelo contrário, o critério é eminentemente político.

A teoria dos direitos adquiridos surgida com pretensões sistematizadoras é apenas uma hipótese, nada mais. Os sistemas jurídicos admitem outros critérios que não os subjetivos além de adequar-se, igualmente, à regra da retroatividade das leis de direito público. Cabe, portanto, ao cientista do direito, diante mesmo da contingência da solução a ser dada ao problema, adotar um referencial, que será evidentemente o direito positivo, a ordem jurídica que se está a examinar, no caso, a ordem jurídica brasileira.

O sistema jurídico pátrio prescreve como regra a proteção ao direito adquirido, assim entendido o direito subjetivo atribuído por uma norma jurídica a alguém, de modo a garantir-lhe uma situação subjetiva de vantagem, definitivamente incorporado ao patrimônio do titular, que pode exercê-lo pessoalmente, ou por outrem, ainda que sujeito a termo ou condição preestabelecida, desde que inalterável ao arbítrio de terceiro.

A Constituição Federal não faz qualquer distinção, para este mister, entre leis de ordem pública ou dispositivas. Com efeito, a própria distinção em si é questionável, não havendo critério seguro para determinar em cada caso se a norma é ou não de interesse público. Releva notar que no estágio de desenvolvimento atual, a doutrina constitucionalista inclina-se no sentido de aceitar como necessária e pertinente a intervenção do Estado nas ordens social e econômica, com vistas a permitir a diminuição da condição de desigualdade inerente ao sistema capitalista de produção, sendo os direitos sociais, de segunda dimensão, ou geração, marcas notáveis dessa assertiva.

Assim, a intervenção do Estado nas relações ditas privadas, com o intuito de defender os indivíduos que se encontram materialmente em condições desiguais, mitiga ainda mais a distinção, que se torna a cada dia mais confusa e difícil. Nesse contexto, acatar o critério da retroatividade das normas de Direito Público é esforço de interpretação cientificamente injustificado, posto que o ordenamento jurídico não permite tais ilações.

Veja-se que a Constituição veda o prejuízo ao direito adquirido. Em que situações poder-se-ia aplicar a vedação constitucional? Se o fato jurídico (em sentido amplo, aqui abrangidos atos, atos-fatos etc.) produz seus efeitos sob a

égide da lei antiga, em que ocorreu, nada há a se questionar. Se, por outro lado, o fato jurídico só vem a ocorrer quando já vigente a lei nova também aqui nada há a se discutir.

Restam, portanto, as situações jurídicas que se prolongam no tempo. Esta é a única ocasião em que se pode falar em direito adquirido. E é exatamente aqui onde se pretende afastar a incidência da garantia constitucional ao proclamar-se que as leis de ordem pública têm “aplicabilidade imediata”. Obviamente, quando se aplicam às situações em curso tais normas agridem ao princípio do direito adquirido, que acaba esvaziado em seu conteúdo.

Por todo o exposto, é extrema de dúvidas que, ao menos em face do regime constitucional brasileiro, as normas infraconstitucionais, seja qual for a matéria de que tratem, mesmo porque o direito adquirido é critério eminentemente subjetivo (=refere-se à situação subjetiva de vantagem do titular), não podem, em hipótese alguma, prejudicar o direito adquirido, que existe e se põe como garantia contra quaisquer espécie de leis.